



Debat: De scheiding der machten

René Foqué, Paul Van Orshoven, Walter Van Gerven,
Bart Raymaekers en Jo Vandeurzen

Hieronder vindt u een weergave van de halfjaarlijkse debatvergadering van het Overlegcentrum voor Ethiek die op maandag 27 april 2009 draaide rond de scheiding der machten. De discussie werd ingeleid door prof. René Foqué en prof. Paul Van Orshoven.

De voorbije maanden is driftig gedebatteerd over de vraag of sommige politici het gerecht hebben beïnvloed. Een aantal ministers namen ontslag en drongen aan op een onderzoek in de hoop hun onschuld te kunnen bewijzen. De commissie die belast werd met dat onderzoek lijkt er echter niet in geslaagd om over contacten die er tussen politiek en gerecht zijn geweest klaarheid te scheppen. De perceptie die de buitenstaander op deze ontwikkeling heeft, is confuus. Enerzijds is het vertrouwen in de politiek andermaal geschaad, en anderzijds werd de indruk gewekt dat de interne tegenstellingen onder hoge magistraten op sommige punten beschamende vormen hebben aangenomen. Wat heeft deze ontwikkeling tot gevolg? Is de *trias politica* in gevaar? In welke zin? Is dat gevaar recent of zijn de relaties tussen het politieke en het juridische establishment altijd confuus geweest, zonder dat dit erg opviel? Zou men kunnen zeggen dat de depolitisering van het gerechtelijk apparaat sinds kort op gang is gekomen en dat de perceptie van het gevaar van belangenvermenging eerder kleiner dan groter is geworden? Wat rechtvaardigt de sacraliteit van de scheiding der machten? Zijn de consequenties van een eventuele beïnvloeding al dan niet dramatisch?

René Foqué: * We hebben een natuurlijke rolverdeling tussen twee inleiders: collega Van Orshoven is een Grondwetspecialist, mijn vakgebied is rechtsfilosofie. Ik was de voorbije jaren zeer direct betrokken bij de Nederlandse vertaling van Montesquieus grote boek *De l'esprit des lois*, die ik hier bij me heb. Vanzelfsprekend is het globaal thema van mijn inleiding: *back to the roots*. Waarover gaat Montesquieus pleidooi voor wat wij 'het scheiding der machten model' noemen nu eigenlijk, wat is de achtergrond

* René FOQUÉ is gewoon hoogleraar aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de K.U.Leuven.
E-mail: rene.foque@law.kuleuven.be.



ervan, wat is de actualiteit van dat denken? Collega Van Orshoven zal zich vanuit zijn vakgebied eerder concentreren op de Grondwettelijke aspecten *hic et nunc*.

Een van de belangrijke redenen om ons toch nog eens te buigen over het werk van Montesquieu en vooral zijn *magnum opus*, *De l'esprit des lois*, is het feit dat hij nog altijd een van de meest geciteerde staatsgeleerden is, maar tegelijkertijd een van de meest verdraaide en verkeerd geïnterpreteerde denkers van de moderne tijd. Hier zou ik al een paar opmerkingen willen maken. Het begint al met de uitdrukking 'de scheiding der machten'. Die uitdrukking komt in dat hele boek van ruim negenhonderd pagina's haast niet voor. Het gaat Montesquieu niet zozeer om de scheiding der machten, maar zijn centrale problematiek is eerder *l'équilibre des pouvoirs*, het evenwicht van de machten of de spreiding van machten, niet de strikte scheiding ervan. *De l'esprit des lois* is een bijzonder rijk en complex boek. Nagenoeg alleen de twintig pagina's die over de triasleer handelen, zijn bekend: het beroemde hoofdstuk 6 uit boek 11. Maar het boek gaat over veel meer: over de verhouding tussen recht en politiek, het probleem van de gematigde staatsvorm en vooral ook over de problematiek van de pluralistische samenleving en de vraag wat een pluralistische samenleving aan structuren, instituties en procedures nodig heeft. Dit is een eerste belangrijke opmerking: het gaat Montesquieu niet om de scheiding, maar om de spreiding en het evenwicht van machten.

Een tweede opmerking wil ik maken bij de juiste vertaling van de titel van het boek, iets waar we erg mee geworsteld hebben. Uiteindelijk hebben we gekozen voor *Over de geest van de wetten*. Maar het probleem is dat recent onderzoek (van de laatste halve eeuw) heeft uitgewezen dat '*les lois*', een term die op heel veel plaatsen in het boek terugkeert, in het achttiende-eeuwse politiek-filosofische Frans helemaal niet verwees naar 'de wetten', maar eerder naar wat wij nu 'het recht' zouden noemen. Montesquieu is heel vaak, tot vandaag, geïnterpreteerd als een legalist, iemand die het wel over de geest van de wet had, maar eigenlijk het recht gelijkstelde aan de wet en aan de letter van de wet. Niets is minders waar. Zijn boek gaat over de geest van het recht, niet de wet in strikte zin. Zijn hele betoog is opgebouwd vanuit empirisch onderzoek. Montesquieu was namelijk een groot reiziger. Een reiziger in letterlijke zin, die de wereld van zijn tijd kende, maar ook een reiziger in de geschiedenis. Zo kan je in zijn bibliotheek in Bordeaux nog al zijn persoonlijke notities terugvinden over de boeken die hij las, over de geschiedenis, de oprichting en de val van het Romeinse rijk, de oosterse rijken, allerlei politieke constellaties. Hij was gefascineerd door hoe de samenleving elders in de wereld en de geschiedenis georganiseerd werd. En daarbij probeerde hij als het ware intuïtief, *bottom-up*, te onderzoeken welke wetmatigheden daarin aan het werk zijn.



Dat leidde tot zijn bekende typologie van politiekstaatkundige regimes. Hij onderscheidde er drie: het despotisme, de republiek en de monarchie. Twee van die drie zijn gematigde staatsvormen, namelijk de monarchie en de republiek. Zijn eigen sympathie ging uit naar de monarchie. Hij beschrijft die als een gematigd maar buitengewoon kwetsbaar stelsel, omdat het evenwicht tussen de drie machten te kwetsbaar was, te informeel, te weinig vastgelegd in juridische structuren, te weinig geconstitutionaliseerd, niet ingebed in een formeel constitutioneel systeem en daarom moeilijk afdwingbaar. Er hoefde maar weinig te gebeuren om de monarchie haar evenwichten en dus ook haar gematigdheid te doen verliezen en om in een ander type terecht te komen, namelijk dat van het despotisme. Dit is de ongematigde staatsvorm waarbinnen de macht tenderde naar absoluteitheid, arbitrariteit en een machtsmonopolie in handen van de koning. Dan is er nog de derde vorm, de republiek, die voor Montesquieu zowel een aristocratische als een democratische vorm kan hebben. In het geval van een republiek – een juridisch beschermde gematigde staat, beter geconstitutionaliseerd en minder kwetsbaar dan de monarchie – ging zijn voorkeur uit naar de aristocratische vorm ervan. Zijn denken is daarbij eigenlijk een eigen leven gaan leiden en uiteindelijk vooral de staatkundige onderbouwing geworden van de democratische vorm van een republiek. Niet republikeins in de zin van antiroyalistisch, maar in de algemene zin: waar de *res publica*, het algemeen belang, de centrale notie is.

Deze typologie helpt om Montesquieu definitie van het recht, *les lois*, wat helderder te formuleren. *Les lois*, het recht, is (na al zijn empirische studies) voor hem primair een geheel van bevelen en geboden. Zijn beroemde definitie van het recht, '*les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*', is helaas cryptisch en voor verkeerde interpretaties vatbaar. Ten eerste is het recht vooral een systeem van verhoudingen, tussen burgers onderling, tussen burgers en de overheid, en tussen verschillende organen van de overheid. Recht is in eerste instantie relationeel. Het tweede gedeelte, '*qui dérivent de la nature des choses*', wordt vaak geïnterpreteerd als een verwijzing naar het natuurrecht, de universele normen en waarden van rechtvaardigheid die boven de geschiedenis zouden staan. Niets is minder juist. Wat Montesquieu met de natuur bedoelt, is de eigen aard van de staatsvorm waarin het recht zich ontwikkelt en waarvan dat recht de garantie vormt. Dus in een democratische staatsvorm bepaalt het recht de noodzakelijke verhoudingen die in acht moeten worden genomen om die gematigde en pluralistische staat stabiel te houden en goed te doen functioneren. Voor Montesquieu is deze natuur is iets statisch, bestaande uit de algemene waarden waaraan een bepaalde staatsvorm, een regime, wil beantwoorden. Voor de gematigde democratie is dat in eerste instantie de gema-



tigdheid, de beperking van macht, het garanderen dat die macht niet misbruikt of gemonopoliseerd wordt. Maar ook het pluralisme: een samenleving waarin verschillende opvattingen over het goede leven, rechtvaardigheid en de waarheid vreedzaam naast elkaar kunnen en moeten bestaan. De natuur van de democratie is dus gematigdheid en pluralisme. Daarnaast is er, zo zegt hij, het beginsel van een regime, dat is de dynamische factor, dat wat die natuur doet leven. Wat is er nodig om gematigdheid en pluralisme tot leven te brengen in de praktijk? Zijn antwoord daarop is: een sterke samenleving, gebaseerd op burgers die geloven in het regime. Hij hanteert zelfs de term *'amour de la patrie'*, liefde voor het vaderland, maar daarachter zit iets zakelijkers, namelijk gehechtheid aan de juridische cultuur van het regime. Dat wat de laatste decennia door politiekfilosofen meer en meer constitutioneel patriottisme wordt genoemd, gehechtheid aan, geloof in en actieve ondersteuning van het constitutioneel kader (tegenover de procedures die de gematigde en pluralistische staat moeten zien te vrijwaren en te dynamiseren). Dit is het conceptuele kader van Montesquieu.

Laat ons nu eens kijken naar zijn kernidee in het hoofdstuk over de triasleer. Hij zegt, verwijzend naar de feiten die hij overal in de wereld en geschiedenis vaststelt, dat iemand die macht heeft, altijd de neiging heeft om die macht nog uit te breiden en er uiteindelijk misbruik van te maken. Dit is een eeuwige waarheid. Wat heeft een gematigde samenleving dan nodig? *'Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir'* – we moeten de samenleving zo'n sterke instituties geven dat eigenlijk niemand zijn macht nog kan uitbreiden buiten de functionele grenzen. Uit dit idee is de triasleer geboren: de spreiding van de machten en het evenwicht tussen de gespreide machten. Een eerste belangrijke inzicht is dat die machten in evenwicht met elkaar moeten kunnen functioneren. Want als ze dat niet doen, stagneert een regime en sterft het af. De enige dynamiek die een gematigde samenleving nodig heeft, is de evenwichtige samenwerking tussen de machten in functie van een gemeenschappelijk belang, de *res publica*. De drie machten binnen de triasleer behoren tot twee verschillende types. Aan de ene kant zijn er de politieke machten, namelijk de wetgevende en de uitvoerende macht. De politiek kent haar eigen dynamiek, die van de mateloosheid en het kortetermijnbelang, waar ze volgens Montesquieu niet aan mag worden overgelaten. Tegenover de twee politieke machten is dus een juridische macht nodig.

De rechterlijke macht heeft in de triasleer de grote verantwoordelijkheid om de gematigdheid, die de politiek niet kan opbrengen, te beschermen. Deze functie en betekenis van de rechterlijke macht zijn nu juist het voorwerp geworden van heel wat



misinterpretaties. Je vindt bijna in elk traktaat over staatsrecht de beroemde uitspraak '*le juge n'est que la bouche de la loi*', de rechter is slechts de mond der wet. Montesquieu gaat ver in zijn formulering: de rechterlijke macht is een '*pouvoir nul*', mag geen macht zijn, moet '*nul et invisible*' zijn, onzichtbaar. Hoe moet je dat interpreteren? In de weinig bekende laatste hoofdstukken, die juist gaan over de gematigdheid binnen de triasleer, legt Montesquieu uit wat hij bedoelt. De rechterlijke macht als '*pouvoir nul et invisible*' betekent dat de rechterlijke macht niet op de stoel mag kruipen van de politiek, hij is geen politieke macht. Uit die politieke onafhankelijkheid en onzichtbaarheid kan hij juist zijn kracht putten. Hij moet er dus zorg voor dragen geen politieke actor te worden in het spel.

Over de uitspraak '*bouche de la loi*' heeft K.M. Schönfeld in 1979 een dissertatie geschreven met doorslaggevende argumenten. De idee van de '*bouche de la loi*' komt uit de metaforische taal van het zeventiende-eeuwse Engelse constitutionalisme. Een zekere Sir Edward Coke, die de werking van het Engelse rechtssysteem beschrijft, stelt dat '*the statute law*', dus de wetteksten, '*the eyes of the law*' zijn, '*the reports*' zijn de '*ears of the law*' en de rechter is '*the mouth of the law*'. We zien hier een organologische metaforische taal. Montesquieu neemt die over en licht de metafoor '*mouth of the law*' nader toe, vooral in zijn *Pensées*. Het gaat hier om het oudromeins-rechtelijk idee *index non est rex locens, index est lex locens*: de rechter is het sprekende recht. Dit is de ware betekenis van de idee '*bouche de la loi*'. Het is dus iets totaal anders dan wat er in de negentiende eeuw van gemaakt is, namelijk dat Montesquieu de rechter zou hebben beschouwd als een wettenautomaat die de letter van de wet maar na te spreken heeft. Neen, *index est lex locens*, de rechter is het sprekende recht. De rechter zegt wat het recht te zeggen heeft in de context van de casus die voorligt en de situatie waarin die voorligt. Het doet me denken aan wat [Paul Liqueur???], een invloedrijke leermeester voor velen, schreef na de grote Oost-Europese monsterprocessen van de jaren vijftig: '*le juge est l'abstraction lui-même*', de rechter geeft aan de abstractie van het recht een menselijk gelaat. Dat menselijke gelaat is wat in de Romeinse traditie de rechter als *lex locens* betekent, de sprekende rechter in de voorliggende casus.

Terug naar wat ik eerder zei over *les lois*, het recht. De rechter moet niet alleen de wet toepassen, maar het recht aan het woord brengen. Montesquieu is daar in de achttiende eeuw profetisch over: hij schrijft over de wet en de *principes de droit*, de algemene rechtsbeginselen, en daarnaast over de grondrechten: datgene waarop de burgers kunnen vertrouwen om actief burger te zijn. Geen gematigde samenleving zonder actieve burgers, *amour de la patrie*, hebben we gezien. De rechter is degene die



de wet tot spreken brengt in de meest brede zin van het woord: de wet, de algemene beginselen en de mensenrechten.

Nog een laatste gedachte die ik erg belangrijk vind. De triasleer en de idee van de spreiding en het evenwicht der machten zijn alleen maar goed te begrijpen wanneer je weet dat Montesquieu een boek wilde schrijven over de waarden van gematigdheid en pluraliteit. Dit gaat terug op een bepaalde filosofische traditie: Montesquieu behoorde, net als zijn stadsgenoot Montaigne, tot de traditie van het scepticisme, die stelt dat het met de waarheid en de rechtvaardigheid net is als met de macht – ze mogen niet in één hand zijn. De gematigde samenleving is er een waarbinnen een evenwicht heerst tussen verschillende aanspraken op de waarheid en rechtvaardigheid, door sterke instituties en door heldere procedures in de omgang tussen die uiteenlopende visies op waarheid en rechtvaardigheid.

Laten we ter afronding het abstracte niveau van waarheid en rechtvaardigheid achterlaten. De hele filosofische achtergrond van Montesquieu duidt erop dat de politiek nooit gemonopoliseerd mag worden door één benadering van de werkelijkheid. In de samenleving, in het beleid en in de werking van het recht moet het evenwicht worden nagestreefd tussen verschillende benaderingen van diezelfde waarheid. Als we die suggestie actualiseren, kunnen we misschien zeggen dat we in een tijd leven waarin de verschillende benaderingswijzen van mensen in de samenleving wat in onevenwicht zijn. Elke democratie is een poging om een evenwicht te vinden tussen drie dominante benaderingswijzen van het samenleven: die van de politiek – in de moderne tijd geleid door staat en overheid; die van het maatschappelijk middenveld, de ‘*civil society*’ – met als doelstelling de samenwerking tussen burgers en sociale cohesie; en die van de markt. De marktlogica is niet gebaseerd op *coöperatie* maar op *competitie*, een goed georganiseerde vrije mededinging tussen partners op de markt. De discussie gaat dus niet zozeer over meer staat versus meer markt, maar eerder over de logica van het denken dat eigen is aan de politiek, de *civil society* of de markt. Op die manier kan Montesquieu, die destijds de internationale markt wilde begrijpen, aan de actuele discussie bijdragen. Mijn suggestie zou zijn om de dominantie van het marktdenken, hoe belangrijk de vrije markt ook is voor een gematigde staatsvorm, in evenwicht te brengen met politiek en *civil society*.

Ter afsluiten wil ik even verwijzen naar Aristoteles. Alle aspecten die ik kort heb aangebracht, refereren naar een machtsbegrip en grijpen zo terug naar de antieke idee van de democratie. Macht werd daar niet gezien als een vermogen om iets op te leggen, desnoods met het inzetten van het geweldsmonopolie van de staat, maar eerder het vermogen om samen te handelen in functie van een algemeen belang.



Paul Van Orshoven: * Aan het verhaal van collega Foqué zal ik niets toevoegen, maar ik wil een aantal elementen aanreiken over hoe de scheiding der machten naar Belgisch recht is vertaald. Ik zal dit concreet doen vanuit mijn deskundigheid als positief jurist, publiekrechtelijk geïnspireerd: Grondwettelijk, staats- en gerechtelijk recht. Van meet af aan moet ik het verhaal ‘scheiding der machten’ verruimen: ten aanzien van rechters gaat het om de onafhankelijkheid van rechters. En tegelijkertijd ga ik het ook wat verenigen, omdat de aanleiding van deze bijeenkomst in het achterhoofd moet worden gehouden: de vermeende of vermoedelijke beïnvloeding van rechters in verband met een zeer concrete zaak. Wat zijn de regels waarmee de scheiding der machten in dat perspectief – de beïnvloeding van een rechter bij het beslechten van een concreet geschil – wordt gegarandeerd? Montesquieu stelt: er is de wetgevende macht die de regels maakt, de uitvoerende macht die de regels toepast, en de rechterlijke macht die naar aanleiding van de toepassing van die regels rechtsgeschillen moet beslechten. Hoe is dit in rechtsregels gegoten ten aanzien van de rechter? Door het beginsel van onafhankelijkheid van de rechter: de rechter moet zijn beslissing nemen op basis van zijn eigen zelfstandig oordeel (de autonomieregel). Dit is zo fundamenteel dat het tot 1998 zelfs niet neergeschreven was in de Grondwet, omdat men ervan overtuigd was dat die regel zo vanzelfsprekend was dat men die niet moest opschrijven (een algemeen rechtsbeginsel). De onpartijdigheid van de rechter staat niet in de Grondwet. De onafhankelijkheid van de rechter heeft men in 1998, na ongeveer honderd zeventig jaren, in de Grondwet geschreven, met als belangrijkste bedoeling die onafhankelijkheid te beperken. De onafhankelijkheid van de rechter als algemeen rechtsbeginsel was gaandeweg geïnterpreteerd als onverantwoordelijkheid van de rechterlijke orde. De hoogste gezagsdragers van de rechterlijke orde riepen in de jaren tachtig, toen een aantal disfuncties van het gerecht aan het licht kwam, de onafhankelijkheid van de rechter in om zich daarachter te verschuilen en te ontsnappen aan elke controle van de wetgevende en uitvoerende macht, die orde op zaken wilden stellen. In de jaren negentig werden na die onverkwikkelijke Dutrouxaffaire een aantal maatregelen genomen, zoals het totale herschrijven van het artikel 151, waardoor het nu 6% inneemt van de Grondwet, wat duidt op het fundamenteel wantrouwen tussen de drie machten. Er staat nu: ‘de rechters zijn onafhankelijk *in de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheden*.’ Dit laatste is een beperking, omdat de eerste voorzitters van het Hof van Cassatie, de procureurs-generaal enz., onafhankelijkheid veel ruimer

* Paul VAN ORSHOVEN is gewoon hoogleraar aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de K.U.Leuven.
E-mail: paul.vanorshoven@law.kuleuven.be.



zagen, namelijk in alles. Er was geen enkele controle, ook niet op de algemene werking van het gerecht – waaraan toch het een en ander viel op te merken.

De onafhankelijkheid in de uitoefening van de rechterlijke bevoegdheden, dus bij het nemen van concrete jurisdictionele beslissingen, neemt niet weg dat er voorzien kan worden in een systeem van toezicht op de rechter en op de werking van de rechters in het algemeen, om hun belangrijke functie tot een goed einde te brengen. Het Openbare Ministerie doet niet aan rechtspraak – in de zin van rechtsgeschillen beslechten. Wel staan mandatarissen binnen deze afgescheiden gerechtelijke macht, precies omwille van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter, in voor de administratieve functie van adviseren, maar vooral vervolgen in strafzaken. Het Openbare Ministerie, zo staat in artikel 151, is onafhankelijk in de individuele opsporing en vervolging. Hierbij wordt gedacht aan het vervolgingsbeleid, dat een verantwoordelijkheid is van degene die daar politiek voor is aangesteld. Het is ‘onverminderd het recht van de bevoegde minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen’.

De onafhankelijkheid van de rechter is intussen uitdrukkelijk verwoord in een aantal internationale mensenrechtenverdragen, meer bepaald in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en in artikel 14 van het internationaal verdrag inzake burger- en politieke rechten. Ik breng in herinnering dat de onafhankelijkheid van de rechter ten aanzien van de overheid de vertaling is van de scheiding der machten, maar tegelijk een ruimere draagwijdte heeft. De onafhankelijkheid van de rechter betekent niet alleen dat een rechter niet afhankelijk mag zijn van de instructie van de wetgevende of uitvoerende macht, maar dat dit ook geldt ten aanzien van om het even wie. Een rechter mag bijvoorbeeld niet afhankelijk zijn van drukkingsgroepen – daarover bestaat rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, van belangenbehartigende instanties of individuele burgers. Een rechter mag zelfs niet luisteren naar hooggeleerde professoren die zich soms niet te beroerd voelen om in de loop van een proces hun mening ten berde te geven, waarmee ze te kennen geven: als u anders beslist, zou u voor mijn examen gezakt zijn. Naarmate ons gezag als professoren toeneemt, moeten wij ons terughoudender opstellen in het commentaar geven bij zaken die het voorwerp uitmaken van lopende procedures. Dat is het zogenaamde *sub Judice*-beginsel dat soms met de voeten wordt getreden. Tenslotte moeten rechters ook onafhankelijk blijven ten opzichte van hun eigen meningen en ideologieën, wat wordt verzinnebeeld door het dragen van de toga. De toga moet de onafhankelijkheid van de rechter (ook ten opzichte van eigen collega's) in de verf zetten.



Hoe is dit onafhankelijkheidsbeginsel in het licht van mogelijke beïnvloeding nu verder in wetteksten omgezet? Dat de scheiding der machten en het eraan gekoppelde onafhankelijkheidsbeginsel niet dogmatisch mogen worden opgevat, blijkt ook uit de organisatie van het gerecht en de wisselwerking die er bestaat tussen het gerecht en de uitvoerende macht. Zie bijvoorbeeld artikel 140 van het gerechtelijk wetboek: ‘het Openbare Ministerie waakt voor de regelmatigheid van de dienst van de hoven en rechtbanken.’ De brug naar de politieke verantwoordelijkheid wordt gemaakt in artikel 399: ‘Onverminderd de toepassing van de artikelen 143bis en 143ter waakt de procureur-generaal bij het hof van beroep, onder het gezag van de minister van justitie, voor de handhaving van de orde in de hoven en in de rechtbanken. Onverminderd de toepassing van de artikelen 143bis en 143ter waken de procureur-generaal, de procureur des Konings en de arbeidsauditeurs, onder hetzelfde gezag, voor de handhaving van de tucht, de regelmatige uitoefening van de dienst en de uitvoering van de wetten en verordeningen in de rechtbanken.’ Met andere woorden, de uitvoerende macht heeft in de persoon van de minister van justitie wel degelijk een recht van controle op de globale werking – niet op de inhoud van de tot stand komende beslissing. De minister had dus de verantwoordelijkheid om zich te informeren of er niet ergens iets fout liep: je mag de scheiding der machten niet te strikt of te dogmatisch bekijken.

Wat zijn de mogelijke sancties wanneer een rechter zich niet houdt aan zijn onafhankelijkheidsplicht? Een beslissing die wordt genomen onder invloed van anderen is onrechtmatig en kan vernietigd worden door het aanwenden van rechtsmiddelen. Ik ken geen Belgisch precedent waarbij een welbepaalde beslissing van een rechter vernietigd werd wegens gebrek aan onafhankelijkheid in die betekenis, maar binnen internationaal recht zijn er verschillende veroordelingen, onder andere van België, voor de organisatie van de rechtspraak op een niet-onafhankelijke manier. Er zijn ook geen bijzondere strafsancities voor een rechter die zich laat beïnvloeden, terwijl er daarentegen zeer zware straffen worden opgelegd aan een rechter die de wetgevende macht zou beginnen uitoefenen. Ik citeer artikel 237 van het strafwetboek: ‘Met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en met geldboete van vijftig frank tot vijfhonderd frank worden gestraft, en tot ontzetting, voor een duur van vijf jaar tot tien jaar, van de rechten genoemd in de eerste drie nummers van [1 artikel 31, eerste lid] kunnen worden veroordeeld: [De leden en ledenassessoren van de hoven en rechtbanken, officieren van de gerechtelijke politie] die zich in de uitoefening van de wetgevende macht inmengen, hetzij door verordeningen te maken die wetgevende bepalingen inhouden, hetzij door de uitvoering van een of meer wetten te stuiten of



te schorsen, hetzij door te beraadslagen over de vraag of die wetten zullen worden uitgevoerd.’ Ik vraag mij af of het Hof van Cassatie – juristen herinneren zich dat op 27 mei 1971 Cassatie heeft beslist dat ‘wetten niet worden toegepast wanneer ze in strijd zijn met het internationaal recht’ – zich deze bepaling herinnert, want het riskeert zeer zware sancties voor inmenging in de uitoefening van de wetgevende. Voor werkelijke beïnvloeding bestaat er uiteraard het misdrijf van corruptie, waar ik straks op terugkom. Ten aanzien van ambtenaren gelden geen bijzonder specifieke redenen. Een politicus die probeert een rechter te beïnvloeden, zoals men meende dat gebeurde in december, is politiek verantwoordelijk. In de meest radicale zin wordt de politicus dan bedankt voor bewezen diensten. Of een rechter die naar huis komt en zegt: ‘ik zie het niet zitten’, het beroepsgeheim schendt, weet ik echter niet en ik spreek mij daar ook niet over uit.

Er bestaat nog een ander misdrijf dat hier relevant is, ‘samenspanning van ambtenaren’, zoals het in 1867 is vastgelegd. ‘Wanneer personen of lichamen die met enig gedeelte van het openbaar gezag bekleed zijn, maatregelen die in strijd zijn met de wetten of met koninklijke besluiten, beramen, hetzij op een bijeenkomst van die personen of die lichamen, hetzij door het zenden van afgevaardigden of van mededelingen aan elkaar, worden de schuldigen gestraft met gevangenisstraf van een maand tot zes maanden.’ Dus wanneer politici onder elkaar zouden beraadslagen over het laten evolueren van een bepaalde rechterlijke beslissing, zou dat daar strikt genomen onder kunnen ressorteren. Als er een bevel wordt gegeven aan een rechter, is dat aanmatiging van macht. ‘Provinciegouverneurs, arrondissementscommissarissen, burgemeesters en leden van bestuurslichamen, die zich inmengen in de uitoefening van de wetgevende macht, zoals in artikel 237, tweede lid, is omschreven, of die zich aanmatigen besluiten te nemen, strekkende tot het uitvoeren van enig bevel of verbod aan hoven of rechtbanken, worden gestraft met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en met geldboete van vijftig frank tot vijfhonderd frank.’ Maar ik denk niet dat we het in dit geval zo ver moeten gaan zoeken.

Ik had eerder aangekondigd dat ik even iets in herinnering wilde brengen dat interessant is wanneer we de morele zaak van de kant bekijken: *quid leges sine moribus?* Het verhaal van de beïnvloeding, die nooit zomaar gebeurt. Door beïnvloeding uit te oefenen, probeert iemand iets te bekomen in zijn voordeel. Waarom laat iemand zich beïnvloeden? Niet omwille van de mooie ogen van de ander. Als een verstandig iemand zich laat beïnvloeden, past dat in een strategie van de betrokkene: *do ut des*. Nu komen we op het terrein van de omkoping. Dat is een zwaar woord, ik wil dit echter niet op de spits drijven. Ik geef hier even de definities volgens artikel 246 van



het strafwetboek. ‘Passieve omkoping bestaat in het feit dat een persoon die een openbaar ambt uitoefent, rechtstreeks of door tussenpersonen, voor zichzelf of voor een derde, een aanbod, een belofte of een voordeel van welke aard dan ook vraagt of aanneemt om een van de in artikel 247 bedoelde gedragingen aan te nemen. §2. Actieve omkoping bestaat in het rechtstreeks of door tussenpersonen voorstellen aan een persoon die een openbaar ambt uitoefent, van een aanbod, een belofte of een voordeel van welke aard dan ook voor zichzelf of voor een derde om een van de in artikel 247 bedoelde gedragingen aan te nemen.’ Omkoping is een zwaar misdrijf. Ik keer terug naar het verhaal van de scheiding der machten. Een standaardomkoping wordt gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot een jaar en een geldboete van 500 tot 50.000 euro. Wat als het over rechters gaat? ‘Indien de in artikel 246 bepaalde omkoping een rechter betreft en betrekking heeft op een handeling die behoort tot zijn rechtsprekend ambt, is de straf opsluiting van vijf jaar tot tien jaar en een geldboete van 2.500 tot 500.000 euro.’ Als de rechter het voorstel aanneemt, is de straf hoger. ‘Indien, in het geval bepaald in het vorige lid, de vraag bedoeld in artikel 246, §1, gevolgd wordt door een voorstel bedoeld in artikel 246, §2, evenals ingeval het voorstel bedoeld in artikel 246, §2, aangenomen wordt, is de straf opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar.’ De geldboete blijft dan wel dezelfde. Met deze elementen – waarvan ik niet zeg dat die op het verhaal van december 2008 van toepassing zijn – heeft de wetgever geprobeerd het beginsel van de scheiding der machten om te zetten in meer concrete gedragsregels rond de onafhankelijkheid van de rechter, die hem toelaat zijn taak naar behoren te vervullen (*‘la bouche de la loi’*).

Je merkt meteen dat de vertaling naar gedragsregels niet perfect is gebeurd en voor discussie vatbaar is. Bovendien zit er een morele kant vast aan rechtsregels die je ongetwijfeld niet in regels kan vatten. Ik citeer in dat verband een interessante aanbeveling, die in rechtsregels moeilijk te vatten is, van het verslag van de parlementaire onderzoekscommissie ‘scheiding der machten’, in verband met de detachering van parketmagistraten. Omwille van de deskundigheid kan men worden gedetacheerd, dit gebeurt tot op het hoogste niveau. Die gedetacheerde mensen kennen uiteraard nog de collega’s die achterblijven en er is in dat verband geen spreek- of luisterverbod. Waar ligt dan de grens tussen het normaal met elkaar omgaan – in het achterhoofd houdend dat ze allemaal uit hetzelfde milieu komen – en de daarbij horende geoorloofde informatie enerzijds, en beïnvloeding anderzijds? Ik lees de aanbeveling: ‘De detachering van parketmagistraten naar de kabinetten kan problematisch zijn, met name doordat informele contactkanalen kunnen ontstaan. Toch kan hun aanwezigheid ontegensprekelijk zorgen voor de inbreng van expertise. Daarom wil de



commissie niet zo ver gaan dat iedere detachering uitgesloten wordt, maar stelt ze wel voor ze te beperken tot de kabinetten waar ze kennelijk onontbeerlijk zijn voor het beleidsmatige optreden van de betrokken minister.’ Naar mijn persoonlijke mening zijn ze echter quasi overal even onontbeerlijk – voor zover onontbeerlijkheid hier het juiste woord is – omdat ze allen een expertise hebben die niet zomaar beperkt kan worden tot die van justitie. ‘Bovendien stelt de commissie de opstelling voor van een bijzondere deontologische code die op die magistraten van toepassing is.’ Je ziet onmiddellijk: *quid leges sine moribus?* We moeten hier overstappen naar een ander domein, dat van afspraken over wat kan en wat niet. Maar er zijn altijd zaken waarvan de ene het gevoel heeft dat ze niet kunnen, terwijl een ander dit niet zo aanvoelt. Ik heb daarnet een voorbeeld gegeven: er zijn collega’s die weten dat ze moeten zwijgen wanneer hun mening wordt gevraagd over een hangend proces, er zijn collega’s die dat niet weten. Dus hoe vatten we zoiets in deontologische regels? Het komt uiteindelijk allemaal uit bij dezelfde vraag: waar ligt de grens tussen normaal contact en beïnvloeding?

Bart Pattyn: * Het *plenum* is nu open. Er kunnen vragen gesteld worden ter toelichting, of er kan gediscussieerd worden over de vraag of er nu met die scheiding der machten een probleem is of niet. Nu we de regels en principes wat beter begrijpen, lijkt het systeem in zijn concrete werking goed te functioneren of niet? Zien we een verslechtering, moet er iets gedaan worden? Het is misschien interessant om nu eens te kijken naar de concrete problematische ontwikkelingen.

Walter Van Gerven: ** Een interessante ontwikkeling die niet problematisch is, wel integendeel, is de manier waarop in de VS ‘*debate*’ en ‘*speech*’ worden gezien als uitingen van individuele maar ook institutionele ‘*autonomy*’, ‘*self-expression*’ en ‘*self-fulfillment*’. Dankzij deze zelfuitingen wordt representatieve democratie als ‘*marketplace of ideas and opinions*’ bevorderd. Het wordt er ook toegepast op de institutionele verhoudingen, niet het minst tussen president en congres maar ook met de *supreme court* die geen angst heeft om deel te nemen, en vaak leiding te geven, aan het maatschappelijke debat.

* Bart PATTYN is directeur van het Overlegcentrum voor Ethiek van de K.U.Leuven.
E-mail: bart.pattyn@oce.kuleuven.be.

** Walter VAN GERVEN is professor emeritus van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de K.U.Leuven. Naast hoogleraar was hij ook advocaat, vicerector, voorzitter van de Bankcommissie en advocaat-generaal van het Europees Hof van Justitie.

E-mail: walter.vangerven@law.kuleuven.be.



Deze debatcultuur is een component die wij missen in de scheiding, of beter verhouding, der machten. Scheiding van machten verstaan als evenwicht van machten, met wederzijdse *checks and balances*, veronderstelt immers *dialog* tussen de drie machten. Net in *dat* element zit het verschil tussen macht en gezag: macht wordt gezag wanneer personen en instellingen die macht hebben, met elkaar spreken en dialogiseren. Alleen gedachten en opinies die, liefst op een rustige manier, worden uitgewisseld *en* gemotiveerd, krijgen overtuigingskracht en worden daardoor *gezag*vol. Eerst dan slagen zij erin opposanten achter gemeenschappelijke democratische overtuigingen te verzamelen. Met andere woorden, overtuigen, argumenteren en dialogiseren zijn uitingen van gezag. En dat is precies waaraan het politici en rechters vaak ontbreekt: zij spreken niet met elkaar, maar spreken tot elkaar, een spreken dat vaak tot peroreren vervalst.

Ik wil in dit verband drie opmerkingen formuleren. De eerste betreft de verhouding tussen executieve en wetgever, een constitutionele verhouding die erin moet bestaan dat het parlement – naast het maken van wetten – de top van de executieve macht, de regering, zou controleren. Deze verhouding wordt echter scheef getrokken doordat de regering steunt op een parlementaire meerderheid, waardoor ze beiden tot dezelfde partij(en) behoren. In feite zijn het de (niet als dusdanig universeel verkozen) partijleidingen die de regering controleren. Van een echte dialoog komt er niet veel terecht. Parlement en regering worden aangestuurd door partijprogramma's waarbij elke partij probeert punten te scoren met het oog op de komende verkiezing. In de VS ligt dit enigszins anders: de president is (vrijwel) rechtstreeks verkozen door het volk en stelt een kabinet van deskundigen samen; ook het Congres, samengesteld uit twee kamers, bestaat uit (vrijwel) rechtstreeks verkozen leden. Beide instellingen hebben dus eenzelfde democratische legitimiteit en zijn daarom in grote mate onafhankelijk van elkaar. Politieke partijen zijn er wel – twee grote die elkaar regelmatig afwisselen aan de macht – maar die zijn voornamelijk machtige verkiezingsmachines en geldinzamelaars. Ze hebben niet eenzelfde impact als in Europa op de, weliswaar mede dank zij hen, verkozen politici, die niet van hen afhankelijk zijn op basis van een strak door de partijleiding uitgewerkt politiek programma. Hoe onafhankelijk president en congres wel zijn van elkaar blijkt nogmaals uit de manier waarop de twee grote partijen, republikeinen en democraten, zich afzetten tegen het door president Obama voorgelegde stelsel van sociale zekerheid. Overigens is Obama niet de eerste president die probeert een omvattend stelsel van sociale zekerheid te laten goedkeuren: de democratische presidenten Roosevelt, Johnson en Clinton hebben het ook al geprobeerd. Niettemin, en telkens opnieuw, wordt dit voorstel voorwerp van een hevig debat en een ingrijpende dialoog.



De tweede opmerking betreft de rechterlijke macht. Van onze rechters kan men zeker niet zeggen dat zij dialogerende rechters zijn. Binnen Europa en ook daarbuiten kunnen in dat opzicht *grosso modo* drie rechtstradities worden onderscheiden. Er is het Engelse (en Amerikaanse) *common law* systeem waar argumenteren en elkaar overtuigen in de genen zit van rechters en advocaten. In eenzelfde zaak schrijven rechters hun opinies neer in afzonderlijke teksten die onderling *concurring* of *dissenting* zijn. Men weet dus wat de individuele rechters denken, derhalve ook wat de meerderheid van het college denkt (als de rechtbank uit meer dan een rechter bestaat). De opinies zijn (te) breedvoerig en zijn, anders dan bij ons, in mensentaal geschreven (destijds werden ze uitgesproken *‘from the bench’*). Wanneer rechters een *dissenting opinion* geven, is dat opnieuw een illustratie van de debatcultuur die in volle transparantie wordt gevoerd. Daarnaast is er de geleerde stijl van de Duitse rechters. Je moet maar eens een Duits vonnis of arrest lezen: dat lijkt meer op een wetenschappelijk artikel dan op een rechterlijke uitspraak, met talrijke verwijzingen naar wetgeving, rechtsleer en rechtspraak. De meningen worden transparant weergegeven, maar zijn moeilijk te begrijpen voor niet-juristen. En dan is er de Franse stijl, die wij hebben overgenomen, waarbij de hoogste rechter (het Hof van Cassatie) zich uitspreekt zonder al te veel juridische, laat staan maatschappelijke argumentatie. Een stijl die meer weg heeft van wetgeven voor een concreet geval dan van rechtspreken. Dit betekent niet dat rechters binnenkamers niet met elkaar spreken en argumenteren, maar daarvan is weinig te merken naar buiten, zelfs niet voor de rechtstreeks bij de uitspraak betrokken partijen. Anders dan wat geldt voor de twee vorige stijlen, is er geen sprake van enig waardengeoriënteerd, of zelfs nog maar rechtsvergelijkend, argumenteren: de hermetisch gesloten schrijfstijl leent zich daartoe niet. Het is dan ook niet verwonderlijk dat een dialoog tussen rechters en politici, zoals in de parlementaire Fortiscommissie over scheiding van machten, moeilijk of helemaal niet op gang is gekomen.

Nog een derde opmerking: boven de drie machten staat de grondwetgever aan wie de drie machten, ook de wetgevende, ondergeschikt zijn. Het is dus uiteindelijk niet aan de wetgever om te zeggen wat er in de Grondwet te lezen staat. Het maken en wijzigen van de Grondwet is voor de grondwetgever, dit is een bijzondere vergadering die beslist overeenkomstig een speciale herzieningsprocedure (artikel 195 van de Grondwet). Het interpreteren van grondwettelijke bepalingen is in laatste instantie een materie voor het Grondwettelijk Hof. Toch geven politici vaak de indruk dat zij kunnen bepalen hoe de Grondwet luidt en hoe ze moet worden gelezen; dat kunnen zij maar slechts via de vermelde en niet makkelijk toepasbare herzieningsprocedure. Men kan daarin een soort arrogantie zien van de wetgever – die overigens ook de



regering niet vreemd is – die niet bevorderlijk is om een gesprek aan te gaan met de derde (vlug op haar tenen getrapte) macht, de rechterlijke, die zich enigszins, en niet ten onrechte, buitengesloten voelt.

Bart Pattyn: Dus u pleit ervoor dat rechters meer in dialoog treden met de wetgevende macht en omgekeerd? Ziet u mogelijke ontwikkelingen om dat te stimuleren? Moet er juridisch iets veranderen aan het systeem? Hoe vat u dit op?

Walter Van Gerven: Daarvoor moet ik teruggaan naar wat ik neerschreef in *Het beleid van de rechter* in 1970, onder meer aansluitend bij de geschriften van McDougal en Lasswell uit de jaren 1943-1944, beiden hoogleraar aan de Universiteit van Yale, de ene jurist, de andere politicoloog. Zij lagen aan de oorsprong van wat men waardengeoriënteerd rechtspreken, *value-oriented jurisprudence*, is gaan noemen. Aan de basis van hun opvatting lag de overtuiging dat juristen niet op een degelijke manier kunnen worden opgeleid als men ze alleen in recht ‘puur’ opleidt en niet evenzeer in *policy*, dit is in *value-oriented* beleid. Wat volgens mij ontbreekt in het motiveren van vonnissen, is wat er bij de rechter omgaat wanneer hij aan een geschil twee juridisch perfect verdedigbare oplossingen kan geven die echter tot twee diametraal tegengestelde resultaten leiden. Dan vraag je je af wat een rechter ertoe brengt te kiezen voor de ene dan wel de andere oplossing. Daarachter zit rechterlijk beleid. In de Fortiszaak bijvoorbeeld besliste de voorzitter van koophandel dat het Fortis ‘*corporate governance statement*’ *soft law* en dus niet juridisch bindend was; de rechter in beroep was een andere opvatting toegedaan. Daarvan hing het antwoord af of de aandeelhoudersvergadering al dan niet gerechtigd was om de door de regering geïnspireerde beslissingen van de raad van bestuur goed te keuren. Beide juridische oplossingen waren verdedigbaar. Waarom zei de ene rechter A, en de andere B? Daarin zit een stuk rechterlijk beleid – wat niet gelijkstaat met politiek. Uiteindelijk zijn het onderliggende waardeoordelen die de rechter in de ene of de andere richting sturen. Juridisch onderwijs dat voor deze dimensie geen oog heeft, is slecht onderwijs.

Bart Pattyn: Dus dat impliceert ook dat u kritisch bent ten aanzien van te positivistische opvattingen van het recht?

Walter Van Gerven: Ja natuurlijk: ook positivistische teksten zijn voor interpretatie vatbaar in het licht van op consensus berustende onderliggende waarden.



René Foqué: Mag ik daar iets aan toevoegen? Als ik nog eens in de huid van Montesquieu mag kruipen: het hele hoofdstuk op het einde van het boek gaat precies over die waardenoriëntatie. Dit hoofdstuk heet '*de l'esprit général*', de algemene geest, dus het onderliggende begrip bij de geest der wetten. Montesquieu zegt dat we die niet uit de abstracte metafysica of het natuurrecht mogen halen, hoe inspirerend ze ook kunnen zijn, maar alleen uit de eigen waardenoriëntaties van de samenleving. Het is ook de taak van de rechter, wanneer hij zegt wat het recht te zeggen heeft, om de continuïteit tussen de algemene geest, dus de grote waardenoriëntaties van een samenleving, en de positiefrechtelijke regel aan het woord te brengen. Dat zal niet altijd even nodig zijn, er zijn veel duidelijke gevallen waar weinig controverse over bestaat. Maar wanneer het pluralisme in het geding is, wanneer er uiteenlopende meningen bestaan en uiteenlopende interpretaties aan de orde zijn, is het de taak van de rechter om die in het kader van de rechtsorde en de onderliggende algemene geest van die rechtsorde aan de oppervlakte te brengen, aan het woord te brengen. We zijn die wijsheid wat verloren in de positivistische vlagen die na de *Code Napoléon* over Europa waaiden. Op dat vlak kunnen we veel leren uit de VS, waar de invloed van het napoleontische positivisme natuurlijk veel kleiner is.

Walter Van Gerven: Ik ben blij dat we professor Foqué in ons midden hebben: iemand die de gedachten van Montesquieu door en door kent. Hij wijst erop dat Montesquieu geen scheiding van machten op het oog had, wel evenwicht van machten. Op dat vlak is de Europese Gemeenschap een veel beter voorbeeld van Montesquieus gedachtegoed dan het Belgisch grondwettelijk recht. In de Europese Gemeenschap bestaat de wetgever uit zowel het Parlement als de Raad van Ministers als de Commissie. De Commissie brengt het voorstel aan, waarna het Parlement en de Raad van Ministers in de uitoefening van hun medebeslissingsbevoegdheid met elkaar overleggen en gezamenlijk tot een definitieve wetgevende tekst komen. Dus geen scheiding van de wetgevende en de executieve macht, maar verstrengeling van de twee machten – de rechterlijke macht berust bij het Hof van Justitie en de nationale rechters – die uitgeoefend wordt in een aanhoudende en volledig transparante dialoog.

Jo Vandeurzen: * Toen de politieke wereld in 1998 stelde dat de scheiding der machten niet meer gebruikt kon worden als alibi voor een ivoren torenpositie, herinnerde

* Jo VANDEURZEN was volksvertegenwoordiger, partijvoorzitter van de CD&V, federaal minister van justitie en is nu Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin.

E-mail: info@jovandeurzen.com.



de publieke opinie zich één beeld van de magistratuur. Dat was het beeld van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie die zich achter haar handtas verschuilde toen ze vluchtte voor de media. Ik herinner me de debatten in de octopusonderhandelingen, waar brieven waren toegekomen van de eerste voorzitters van de hoven van beroep. Zij stelden dat het dom zou zijn als de politiek kon bepalen wie eerste voorzitter kan worden van een hof van beroep: dat moest op een serene manier in een vergadering van gelijken worden bepaald, wat volgens hen altijd werd gedaan met grote zin voor de ‘meest competente op de juiste plaats’. De toenmalige eerste minister had echter al de tegenwoordigheid van geest gehad om een overzicht op te vragen van de benoemingen van de laatste vijftientig jaar. Zo bleek dat op één uitzondering na altijd degene met de meeste anciënniteit eerste voorzitter werd. Er zat dus duidelijk een andere wetmatigheid achter dan het zoeken naar de meest bekwame persoon. In reactie daarop stelde de politieke wereld dat dit niet de definitie kan zijn van de scheiding der machten.

Spijtig genoeg zijn er geen consequenties gevolgd uit de nieuwe Grondwetformulering die professor Van Orshoven heeft voorgelezen: de rechter is onafhankelijk *in zijn rechtsprekende bevoegdheid*. Hierover werd gedebatteerd: is dit beperkt tot individuele beraadslagingen? De *courante* opvatting was dat het ook de verplichting inhield voor de uitvoerende en wetgevende macht om te zorgen voor de nodige middelen en infrastructuur die de rechter moeten toelaten zijn functie uit te voeren. Je kan niet besparen in personeel, omkadering, enz. en tegelijkertijd verwachten dat als de rechter op zijn bureau alleen en geïsoleerd kan denken, spreken en beslissen, de onafhankelijkheid gerespecteerd is. Het was de bedoeling die macht als een partner uit te rusten met de nodige infrastructuur. Onafhankelijkheid betekent ook dat de rechter een partner is waarmee gedialogeerd kan worden, die voldoende middelen heeft om zich intern te organiseren en die onafhankelijkheid te garanderen. Nu blijkt dat na het in de Grondwet inschrijven van dit artikel de volgende stappen nooit gezet zijn. We hebben veel adviesorganen opgericht, maar geen orgaan waardoor de uitvoerende macht kan spreken met de zetelende rechter. Dit is een van de manco's in het systeem. De zeer logische positie van het Openbare Ministerie, geïnspireerd door de artikels die professor Van Orshoven citeerde, was de zorg van de koning opdat er toch iemand zou toezien op de *gouvernement des juges*, namelijk de procureur die op de goede werking van de zetelende magistratuur toeziet. Dit zou een andere vorm krijgen als de zetelende rechters een eigen aanspreekpunt en organisatie hadden. Zoals professor Van Gerven zegt: het Openbare Ministerie wordt op een hoop gegooid met de zetelende rechter, terwijl het evident is dat de lijnen daar anders lopen. Het is jammer



dat de wetgever en de uitvoerende macht na het Grondwetsartikel de positie van het Openbare Ministerie niet hebben uitgeklaard. Ik had verwacht dat de onderzoekscommissie zou zeggen dat het tijd was om de positie van Openbare Ministerie anders te organiseren.

Tenslotte heb ik de indruk dat de machten die elkaar in evenwicht moeten houden elk een probleem hebben met de eigen kerntaak. De wetgever was de laatste zeven-tien à achttien jaren niet in staat om de controle op de uitvoerende macht efficiënt te organiseren. Wanneer er een incident in de krant staat, zijn er wel twintig vragen aan het parlement, maar controle in de diepte, over het goed functioneren, gebeurt nauwelijks. Klantvriendelijkheid en efficiëntie worden trouwens ook niet gemeten en *benchmarks* worden niet gemaakt. Ook was het parlement na de Dutrouxaffaire en de politiehervorming niet in staat om grote hervormingen gestalte te geven. Met de veelheid van verkiezingen lijkt de uitvoerende macht nauwelijks in staat om grote hervormingen te sturen en te leiden. Is het in ons land mogelijk om een gerechtelijke hervorming door te voeren, kan iemand de stabiliteit en autoriteit te hebben voor zo'n werk van jaren? Door de toenemende globalisatie ziet de uitvoerende macht zichzelf ook verwateren. In de bankcrisis was de Fortiszaak bijvoorbeeld te groot voor één land. De rechterlijke macht worstelt met zijn eigen verantwoordelijkheid, zoals professor Foqué heeft aangekaart. In de zaak van het hof van beroep van Gent, waar professor Van Orshoven vanmorgen nog commentaar op heeft gegeven, is het toch heel merkwaardig dat de rechter in een proceduredebat op basis van een legalistische redenering tot de conclusie komt dat tien gangsters kunnen worden vrijgelaten, terwijl alle hoven en rechtbanken en het Hof van Cassatie in dezelfde problematiek drie weken later tot een andere conclusie komen. Dat duidt toch op een probleem met het besef van de onderliggende verantwoordelijkheid en de positie in de samenleving? Iedereen weet dat er op zo'n moment iets niet klopt. Ook in de kwestie van de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde zal een rechter de knoop moeten ontwarren. Op een terrein dat bij uitstek dat van de wetgever is, de kieswetgeving, moet het Grondwettelijk Hof zeggen wat juist is en daar een modaliteit aan koppelen. De wetgever zal dit probleem niet kunnen ontrafelen en sommigen vrezen dat in 2011 de rechter weer zal moeten zeggen dat de Grondwet boven de wet staat. Hieruit blijkt dat er een probleem is met de kerntaak van die machten. In het parlement heb ik bij wijze van spreken tientallen keren de scheiding der machten virtueel moeten overtreden in de antwoorden op de vragen die parlamentsleden mij stelden. Ik moest samen met het college van procureurs-generaal vechten tegen de perceptie dat de minister de baas is van justitie. In het parlement kreeg ik vragen over de inhoud



van een vonnis, de opportuniteit van onderzoeksmaatregelen en de meest waanzinnige dingen, die dan ook in de media gerapporteerd werden. De drie machten zijn vaak onmachtig als het gaat over de eigen kerntaak, wat volgens mij een belangrijk verklarend element is voor dit soort situaties.

Bart Raymaekers: * De term ‘waardenoriëntatie’ is verschillende keren gevallen. Paul van Orshoven eindigde bijvoorbeeld met een verwijzing naar de deontologie voor de magistraat. Maar als je naar waardenoriëntatie wil, is het dan geen probleem dat we te maken hebben met een samenleving die pluralistisch of pluriform geworden is, zodat we het label ‘waardenoriëntatie’ een lege doos dekt? Kan je in een pluriforme samenleving wel gestalte geven aan waarden? Of om het positiever uit te drukken, wat is er nodig om die waardenoriëntatie gestalte te geven in een samenleving die op een aantal fundamentele punten van mening verschilt?

René Foqué: Dit is een verreikende problematiek. Ik zou in de eerste plaats willen waarschuwen voor een overspanning van de positieve rechtsorde. Een positieve rechtsorde is er niet om in een samenleving waarden op te leggen, maar vooral om procedures te doen naleven die het vreedzaam omgaan met elkaar mogelijk te maken, ook binnen waardeconflicten en bij uiteenlopende waardenoriëntaties. Dit betekent niet dat een sterk procedurele opvatting van recht en democratie volstrekt waarde-neutraal of waardenloos zou zijn. Ik denk dat het publieke bestel een aantal belangrijke waardenoriëntaties bevat die juridisch beschermd moeten worden. De twee bronnen van recht die als het ware deze ethische waarden binnenbrengen in de positieve rechtsorde zijn volgens mij vooral de algemene rechtsbeginselen en de grond- en mensenrechten. Dat is de permeabele grens tussen recht en grens. Maar ik huiver voor een volstrekt een-op-een juridiseren van ethiek dat volgens mij zou leiden tot een ongematigde en niet-pluralistische samenleving.

Ter aansluiting op de discussie van professor Van Gerven wil ik opmerken dat het recht een interpretatieve praktijk is. Filosofisch uitgedrukt: het is hermeneutisch van aard. Dat wil dus zeggen dat de juridische praktijk argumentatief is en *erkenbaar argumentatief* behoort te zijn. Het pleidooi dat professor Van Gerven hield voor meer dialogerende en redenerende rechters is heel belangrijk en iets waar we meer in zouden moeten investeren. Ik ben sterk voorstander van de *dissenting* en *concurring opinions*.

* Bart RAYMAEKERS is hoogleraar aan het Hoger Instituut voor Wijsbegeerte van de K.U.Leuven.
E-mail: bart.raymaekers@hiw.kuleuven.be.



Ook ben ik er voorstander van dat de raad voor de rechtspraak (in Nederland) of de hoge raad voor justitie (in België) zich als magistratuur uit, wanneer daar redenen voor zijn, en zo een gesprekspartner wordt in het publieke debat.

Wat Jo Vandeurzen in dat verband zei, is erg belangrijk: de identiteit van elk van de machten moet zichtbaar zijn in de manier waarop elke macht zijn kerntaken vervult. Ik verberg niet dat ik het om die reden erg jammer vind dat wij geen helderheid krijgen over de positie van het Openbare Ministerie. Die is erg hybride, niet alleen in ons land. In Nederland werd die problematiek een tiental jaren geleden in een heftige discussie aan de orde gebracht. Aan de ene kant is het Openbare Ministerie in Nederland een zogenaamde 'buitendienst van het departement' met een ambtelijke functie. Onder de eindverantwoordelijkheid van de minister is het dus medeverantwoordelijk voor het ontwikkelen van het opsporings- en vervolgingsbeleid in algemene zin. Artikel 140 van het gerechtelijk wetboek geeft hen ook verantwoordelijkheid in het toezicht op de goede werking van de hoven en rechtbanken, alweer onder de eindverantwoordelijkheid van de minister. Aan de andere kant heeft het in individuele gevallen ook een magistratenfunctie, bijvoorbeeld in de beslissing om al dan niet te seponeren. Het geheel is een hybride statuut, wat invloed heeft op de onafhankelijkheid van het Openbare Ministerie ten opzichte van de uitvoerende macht – de minister van justitie – enerzijds, maar ook in relatie tot het magistratenstatuut anderzijds. Onze noordenburen hebben hier al een stuk weg afgelegd naar het ambtenarenstatuut. De conclusie van de parlementaire onderzoekscommissie had gelijkwaardig moeten zijn, zij hebben hier een steek laten vallen. Daarop aansluitend: over de detachering van magistraten naar de kabinetten kan je verschillend denken, maar zelf ben ik een groot tegenstander van de huidige kabinettenstructuur. Ik vind dat ministers moeten regeren als ambtenaren, dat zou een grotere continuïteit in het bestuur brengen. Dit zijn allemaal punten waarover in redelijkheid gediscussieerd zou kunnen worden.

Tenslotte wil ik nog opmerken dat ik het punt van collega Van Gerven in verband met de verhouding tussen de executieve en wetgever ik buitengewoon belangrijk vond. Die verhouding is volstrekt verstoord. Bij Montesquieu, Voltaire, Diderot, Lambert en alle grote verlichtingsdenkers vind je dezelfde waarschuwing: als de *opinion publique*, die een politieke factor van betekenis hoort te zijn in de moderne democratie, afglijdt naar wat zij de *opinion populaire* noemen, de niet meer op eigen reflectie en onafhankelijkheid opererende publieke opinie, dan is een regime in gevaar. Montesquieu beschrijft na zijn lectuur over de val van het Romeinse rijk wat volgens hem de oorzaak is geweest van die val. Institutioneel kon de senaat, de wetgevende



macht, niet meer evenwichtig omgaan met de *populus*. Die waarschuwing moeten we ter harte nemen. Als ik het op polemische wijze mag uitdrukken: de wijze waarop de parlementaire onderzoekscommissie in haar controletaak grotendeels gefaald heeft door de hete electorale adem in haar nek, stoort mij zeer. Niet de kapitaalmarkten waren dus het probleem, maar de electorale markten. Als we niet zoeken naar een vorm van institutionalisering van de verhouding tussen executieve en wetgevende, vrees ik dat we in gevaarlijk vaarwater terechtkomen.

Bart Pattyn: Als gemotiveerde dialoog ook waardengeoriënteerd is en moet gebaseerd zijn op engagement in een *civil society*, hoe staat het dan met de opleiding van juristen vandaag? Hoe staat het met de interpretatie van docenten, zijn zij positivistisch ingesteld of staan ze open voor enige waardenoriëntatie? Wat kunnen we in dit verband onthouden voor de organisatie van de faculteit? Vanzelfsprekend is deze vraag gericht aan de decaan, professor Van Orshoven.

Paul Van Orshoven: Dank u, voorzitter. Deze zaak is niet zo eenvoudig. Laat me eerst de niet-juristen geruststellen. Het is niet omdat er zoiets bestaat als waardenrechtspraak – waarin Walter Van Gerven inmiddels veertig jaar geleden het voortouw heeft genomen met een publicatie – dat we uit het oog mogen verliezen dat niet alleen het positivisme grenzen kent, maar het waardendenken ook. Laat ons niet bij niet-juristen de indruk wekken dat alles zomaar kan worden opgevangen door waarden. Montesquieu zou zich in zijn graf omkeren. Er zijn nu eenmaal prioriteiten in wie de rechtsregels moet maken en wie ervoor moet zorgen dat zij op een ordentelijke wijze worden toegepast. Er zijn grenzen. Uiteraard is elke rechtsregel wel ergens te interpreteren, maar laat ons dat niet op de spits drijven.

Persoonlijk hanteer ik het uitgangspunt dat de rechtswetenschap zo *positivistisch mogelijk* moet zijn. Het verhaal van de waardenoriëntatie moet dan gereduceerd worden tot de elementaire proporties waar het verschrikkelijk belangrijk is. Binnen de grenzen van de rechtsregel heeft de rechter uiteraard een discretionaire bevoegdheid. Het is de taak van de wetgever om te zorgen voor deugdelijke rechtsregels en in het geval van een probleem is het de taak van de wetgever om zijn verantwoordelijkheid op te nemen. Weliswaar mag hij daarbij geholpen worden en mag daar een dialoog ontstaan met rechters. Misschien mag de bestaande dialoog meer georganiseerd worden. Rechters signaleren, net als andere juristen, nu al regelmatig aan de wetgever wat er mank loopt, maar meestal heeft de wetgever daar dan geen tijd voor, het is niet prioritair. Ik kan u hier tientallen voorbeelden van geven. Zo werden in 2007 vlak voor de verkiezingen



een aantal wetten gemaakt in het domein van het procesrecht. De navolgende jaren hebben wij niet nagelaten te wijzen op de duidelijke problemen die absoluut en op vrij eenvoudige wijze moesten worden opgelost. Niemand heeft zich daarvoor ingezet. Ik veronderstel dat er op uw kabinet een tijdje aan gewerkt is, minister Vandeurzen, maar ik zie nog steeds geen resultaat. Ik verneem alleen van de huidige premier dat er voor juni niets kan gebeuren omwille van politieke problemen voor de verkiezingen. Intussen zitten wij al twee jaren te wachten op een reparatiewet die vrij eenvoudig is en zijn er serieuze problemen die niet opgelost geraken omdat de wetgever in gebreke blijft.

Binnen de duidelijke grenzen van de rechtsregel blijft er voor de rechter een ruim domein over. Het is goed in te zien dat rechters uiteraard waarden hanteren om daarbinnen te werken, zonder dat dat als illegaal bestempeld wordt. Ik denk dat in dat verband de opleiding van de rechters schromelijk verwaarloosd wordt. Die opleiding moet niet technisch zijn, maar een zeer ruime algemeen maatschappelijke intellectuele opleiding. Degene die het schoentje past, trekke het aan. Er wordt zeer veel geld geïnvesteerd in de opleiding van artsen en ingenieurs, die beide zeer belangrijk zijn, maar in de opleiding van juristen wordt weinig geld geïnvesteerd. De verdeelsleutel voor de middelen is als volgt: een student in de humane wetenschappen telt in het algemeen voor één, een student in de wetenschappen en technologie telt voor twee, in biomedische voor drie, in geneeskunde voor vier (door de *numerus clausus* en de toelatingsproef). Ik weet wel dat onderwijs voor ingenieurs en artsen zeer duur is, maar niet zo ontzettend veel duurder als de verdeelsleutel suggereert. Die verhoudingen zijn disproportioneel en geven er blijk van dat de wetgever de vorming van alfawetenschappers in het algemeen, van juristen in het bijzonder en dan vooral van rechters onbelangrijk vindt. Ik zeg het met een parafrase van een inmiddels overleden Engelse collega: *'we need the best judges money can buy'*. Dat is niet enkel een kwestie van geld, maar ook van opleiding en vorming in de meest ruime zin. In Engeland worden de beste juristen eerst rechter, de tweede categorie gaat ofwel naar de advocatuur ofwel naar de wetenschappen. Hier gaan de beste juristen naar de advocatuur, de tweede categorie – onder het motto *'those who can't make money can teach'* – wordt professor. Statistisch gezien is er dan nog een derde categorie voor de rechters. Gelukkig zijn er vele rechters die nog echt gemotiveerd en idealistisch voor het ambt als zodanig kiezen, maar ik denk toch dat dit systeem dat funest is. Het leidt tot een vermiddelmating van de rechtspraak. Dan mag je nog zoveel debatten houden als je wil, als die mensen niet opgeleid worden om binnen de grenzen van hun verantwoordelijkheid en de regels die door de wetgevende macht worden gemaakt, zeer correct met dat waardendenken om te springen, dan bereiken we niet veel.



Bart Pattyn: Het is dus een kwestie van centen?

Paul Van Orshoven: Prioriteiten, centen, mogelijkheden, middelen. Wij ijveren al jaren, als eerste stap in die richting, voor een Master na Master in de rechtsbedeling, niet alleen voor rechters maar ook voor advocaten. Advocaten worden zagezegd gevormd *on the floor*, tijdens de stage. Vroeger gebeurde dat door hun *patrons*, nu probeert men dat op de één of andere manier op te vangen met allerlei technieken, maar we schieten tekort. Je moet weten dat de meeste magistraten voormalige advocaten zijn, de meeste rechters zijn een tijd lang advocaat geweest. Daar is dus ruimte voor opleiding. Een achttal jaar geleden hebben wij met alle Vlaamse rechtsfaculteiten geprobeerd daar werk van te maken, maar dat stuitte op onwil, in de eerste plaats van de toenmalige minister van justitie die daar niet aan wilde meewerken. Hij liet min of meer zwart op wit weten dat daar niet in geïnvesteerd kon worden. Maar een mogelijke piste is om te investeren in de vorming van juristen in het algemeen en magistraten in het bijzonder.

Bart Pattyn: Als die brede vorming, die voeling met het maatschappelijke leven en dat waardengeoriënteerd denken zo belangrijk zijn, hoe vaak gebeurt het dan dat collega's samenkomen om na te denken over de maatschappelijke relevantie van het recht?

Paul Van Orshoven: Dat gebeurt in kleine groepjes. Wij hebben heel veel informele contacten, ook al is dat op georganiseerd vlak tegenwoordig bijna nihil, ondanks onze beste voornemens van een tiental jaren geleden. Dat heeft ook voor een stuk te maken met steeds minder mensen die steeds meer en ander werk moeten doen. Maar ik geef toe dat wij in dat opzicht tekortschieten.

Gast: Ik ben het met u eens dat we niet te snel moeten afstappen van de positivistische benadering, maar dat veronderstelt volgens mij een aantal randvoorwaarden. De vraag is of de randvoorwaarden voldoende vervuld zijn. Dan kom ik terug op de vraag van Bart Pattyn over wat René Foqué het 'constitutioneel patriottisme' noemt. In welke mate is dat iets dat de mensen die in de verschillende machten aanwezig zijn vanuit een zekere gemeenschappelijkheid in zich dragen? Ik wil het absoluut niet op een communautaire tour gooien. De vergelijkingen die Walter Van Gerven maakt met Europa is volgens mij op dat vlak zeer pertinent. Maar wat is de graad van constitutioneel patriottisme onder de mensen, onder de elites, in de drie machten en in de *civil society*? Ik wil het debat niet verengen tot de communautaire problematiek, maar op dit



vlak is België een uniek voorbeeld van hoe twee subnaties proberen op een of andere manier een verstandhouding met elkaar op te bouwen. Europa is daar een vergroot experiment van. Ik denk dat we in de remediëringsoefeningen veeleer naar het Europees model moet kijken dan wel naar het bestaande federalistische model, ik denk dat daar veel meer toekomst ligt. Op die manier kan ook de particratie worden doorbroken. Uiteraard heeft dat een gevolg voor de relatie tussen de wetgevende en uitvoerende macht. De Europese parlementsleden hebben veel meer macht dan de parlementsleden op de Belgische niveaus, omdat zij meer kunnen wegen en sturen. Door de complexe structuur van België speelt hier een dynamiek die grondige verandering onmogelijk maakt. Ik denk dat we in de huidige situatie moeten zoeken naar een aantal remediëringen die leiden tot de vraag wat de kerntaak is – zoals Jo Vandeuren terecht opmerkte. Het antwoord hierop ligt in de remediëring.

Walter Van Gerven: We weten allemaal dat Brussel binnen vijftig jaar een allochtone burgemeester zal hebben. Het is tijd om de gedachte van de natiestaat los te laten. We zijn in dit opzicht verwend: in ons land *kunnen* we omgaan met andere culturen, in Brussel zelfs met tientallen. We moeten in staat zijn om van een natiestaat naar een burgerstaat over te stappen volgens de gedachte van het *Verfassungspatriotismus* en het zich groeperen achter democratische procedures, waarden en Grondwetten. Om de vergelijking te maken met China: ofwel gaat China de wereld domineren vooraleer het democratisch is, wat een ramp is, ofwel wordt het democratisch vooraleer het een wereldmacht is. Hetzelfde geldt voor ons: laat ons hopen dat we voldoende een *citizen state* zijn voordat de allochtonen het roer overnemen, zodat we intercultureel kunnen samenleven.

René Foqué: Ik heb een tiental jaar het vak 'Inleiding tot het recht' gegeven, weliswaar in Rotterdam, bij onze noorderburen. Ik denk dat het heel belangrijk is dat als iemand rechten begint te studeren, hij tijd investeert in het leren begrijpen van zijn tijdperk en samenleving. Dat kan enkel door stevig algemeen vormende vakken in de juridische opleiding, zoals sociologie, economie, ethiek, enz. Op die manier worden studenten voorbereid en weten ze waarom ze vervolgens in het positief recht moeten duiken. Daarna moet men gewoon het vak leren, conceptueel, logisch en technisch. De waardenoriëntatie is een problematiek die achteraf inductief en reconstructief op de kennis van het positieve recht moet volgen, geïnspireerd door het begrip van de eigen tijd. We beseffen te weinig dat daar een belangrijke link tussen moet bestaan. Wij moeten studenten leren juridisch redeneren. Ze moeten leren om



voortdurend de weg af te leggen tussen de techniek van het positieve recht, de context van de tijd en de samenleving waarin we leven, en de inherente waardenoriëntatie van onze rechtsorde. Dit is ons patroon waar onze juridische vorming op zou moeten gebaseerd worden, wat nog te weinig het geval is. Van hieruit moeten juristen in de beroepen die zij kiezen hun verantwoordelijkheid opnemen.

Gast: Houdt de onafhankelijkheid van de rechter niet in dat hij niet ja of neen *moet* antwoorden op een belangrijk probleem, mag hij niet antwoorden dat hij het niet weet?

Paul Van Orshoven: Dat is heel belangrijk, anders zou de scheiding der machten helemaal niet meer werken. Dat zou rechtsweigering zijn. De scheiding der machten staat of valt met de laatste stap: als je geen rechter hebt die uiteindelijk een rechtsgeschild trancheert, bestaat er geen rechtsstaat meer. Dan heb je eigenrichting, de ergst mogelijke vorm van willekeur die er bestaat. Dus als de rechter bevoegd is, moet hij hoe dan ook het voorgelegde geschil beslechten. Hij kan zich niet verschuilen, zoals het gerechtelijk wetboek het verwoordt, achter de ‘duisterheid’ of de ‘onvolledigheid van de wet’. Vandaar het enorme belang, tenminste in deze omstandigheden, van het waardendenken.

Gast: Maar moet hij in zijn onafhankelijkheid dan ook zeer haastig antwoorden met ja of nee? Of mag hij zeggen dat hij het voorlopig nog niet weet en zoekt naar experts in een niet-juridisch domein dat voor hem totaal onbekend is?

Paul Van Orshoven: Een rechter kan expertises laten plaatsvinden om zich over niet-juridische problemen te laten adviseren. Een rechter mag nooit zeggen – *ius novit curia* – dat hij hulp nodig heeft qua kennis van het recht, ook al zie je soms aan zijn gezicht dat dat het geval is. Niemand is perfect, maar de advocaten zijn er net om de rechters voor te lichten, wat redelijk zorgvuldig gebeurt dankzij het recht van verdediging en het contradictoir debat. Maar ook dan zijn er nog momenten waarop een rechter vindt dat er een enorm probleem is, een grote leemte. Dan moet hij de zaak niettemin beslissen en de wetgever een signaal geven (door middel van jaarverslagen en dergelijke vormen van communicatie, die blijkbaar vaak tekort schieten) om zo te zorgen dat de wetgever de gaten dicht, wat ook diens verantwoordelijkheid is.

Gast: De rechter moet onafhankelijk zijn en ook onpartijdig, veronderstel ik. Is het bij ons niet de gewoonte dat magistraten benoemd worden vanuit de partijstructuur, dus op basis van het bezit van een partijkaart?



Paul Van Orshoven: Hier wil ik graag enkele bedenkingen maken. In België zijn de politieke benoemingen afgeschaft in het begin van de jaren negentig. Dit werd afgerond met het systeem van de hoge raad voor justitie in 1998, waardoor rechters door de koning benoemd worden op voordracht van de hoge raad voor justitie, die maar één enkele kandidaat mag voordragen en dit met een tweederde meerderheid. Dit zou politieke benoemingen, tenminste volgens de vroegere betekenis ervan, helemaal tot nul moeten herleiden. Ik weid niet uit over mogelijke andere evenwichten die binnen de hoge raad voor justitie worden gehanteerd.

Ten tweede is het systeem van de politieke benoemingen van rechters in België is oorspronkelijk ingevoerd net om het pluralisme in de magistratuur te waarborgen en te voorkomen dat het een elitaire kaste zou kunnen worden die aan klassenjustitie zou doen. Verstandige mensen zagen in dat een spreiding van alle mogelijke vormen van ideologieën binnen de magistratuur nodig is. Zo ontstond het politieke benoemingssysteem, waarbij de ambten werden verdeeld *pro rata* van de politieke verhoudingen. De funeste evolutie waarbij uitsluitend rekening gehouden werd met de politieke kleur en niet in de eerste plaats met de kwaliteit van de magistraten, volgde pas later. En begrijp me niet verkeerd: er zijn gelukkig zeer veel uitmuntende magistraten die ondanks hun politieke benoeming hun job uitstekend hebben gedaan.

Begin jaren negentig leidde dit alles tot de objectivering van de toegang tot de magistratuur. Er kwamen twee manieren om magistraat worden: ofwel na een gerechtelijke stage volgend op een vergelijkend toegangsexamen, ofwel voor kandidaten met ervaring na een bekwaamheidstest en beoordeling door de hoge raad voor justitie. Het merkwaardige is dat toen alles eenmaal sterk geobjectiveerd was, de wetgevende macht een derde toegangsweg tot de magistratuur creëerde voor mensen met twintig jaar ervaring in een juridisch beroep. Na een mondeling evaluatie-examen konden zij alsnog magistraat worden, waarbij kwatongen zich afvragen wat in wezen het verschil is tussen een mondeling en een schriftelijk examen.

Gast: Mag ik een heel onervaren vraag stellen? Ik heb het gevoel dat alles draait rond waarden, zoals in alle sectoren het geval is. Maar als we over waarden spreken, gaat het dan ook niet over waarheid? En wie heeft de waarheid in pacht? Als Montesquieu zo mooi verwoordt dat we moeten kijken naar de rechtvaardigheid binnen de gemeenschappelijke context, dan is mijn vraag of we dan naar de Sharia gaan? De Sharia is toch ook de *wet* van mensen die heel anders denken en andere waarden hebben? Dan vraag ik mij af of het qua opleiding van juristen niet te laat is, of we niet moeten opvoeden in waarheid, objectiviteit en gerechtigheid van kindsbeen af? Dit is een



bedenking waar ik geen correct of kort antwoord op verwacht, maar graag wel een indruk over zou krijgen.

Bart Pattyn: Zoals René Foqué al aangaf, lijkt Montesquieu te zeggen dat we met 'waarheid' voorzichtig moeten zijn. U suggereert dat wanneer de waarheid een particuliere waarheid wordt, dat destructief kan zijn. Ik veronderstel dat we, om de waarden aanwezig te stellen, tenminste de dialoog moeten bewaren. Het probleem wordt niet opgelost door erover te zwijgen of het van het curriculum te schrappen. Misschien moet er in die richting inderdaad meer worden geïnvesteerd.

René Foqué: Ik wil hier graag een opmerking maken vanuit mijn eigen ervaring. In mijn professionele leven heb ik twee keer een visuele schok meegemaakt. De eerste keer was toen ik in Rotterdam de eerste maal het vak 'Inleiding tot het recht' gaf aan 1200 eerstejaarsstudenten, waarvan 30 tot 40% zichtbaar islamitisch was. Ik wist letterlijk niet wat ik zag. De tweede schok kwam toen ik in 1996 terug in Leuven les gaf en de aula binnenkwam voor een plichtvlak. Wat me opviel was de homogeniteit van het publiek, bestaande uit de Vlaamse middenklasse. Wij mogen niet onderschatten hoe monocultureel de K.U.Leuven zelf is. Ik vind dat jammer. In Rotterdam heb ik ontzettend veel geleerd van mijn islamitische studenten, vooral Turken. Die hingen aan je lippen als je daar rechtsfilosofie gaf. Toen een paar jaar geleden de universiteitsmanagers, niet gestoord door enige inhoudelijke belangstelling, rechtsfilosofie een hulpvak noemden en het halveerden om te bezuinigen, kwam het protest spontaan van de allochtone studenten zelf. Zij dienden een brief in met zevenhonderd studentenhandtekeningen en de uitleg dat ze dit vak nodig hadden, anders begrepen ze niet waarom het Nederlands recht is zoals het is, waar de mensenrechten vandaan komen, waarom het zo liberaal is enz.

Ik vind het tijd om onze studenten leren wat de *Sharia* is en dat die ook niet homogeen is. De K.U.Leuven heeft onlangs een eredoctoraat gegeven aan de islamitische rechtsgeleerde Abdullahi Ahmed An-Na'im, die ons liet zien dat er ook in de verre islamitische traditie een zeer hermeneutische traditie bestaat. Ook het islamitische recht is een interpretatieve praktijk. Het lezen van de koran is, net zoals het lezen van de bijbel, een interpretatieve bezigheid. En interpretatie van een klassieke tekst is die decontextualiseren om die te recontextualiseren. Maar hier investeren we te weinig in. Wij moeten onze studenten de instrumenten geven om hun tijd te leren begrijpen, wat we te weinig doen.

We praten alsmaar over de rechter, maar die staat in onze samenleving onder een enorme politieke en ethische druk, omdat de wetgever faalt. De kwaliteit van de



wetgever is de laatste tijd hoogst belabberd en de structuur is bovendien zeer ingewikkeld, met decreten, nationale wetgeving, Europese regels en internationaalrechtelijke regels. Begin daar maar eens aan, als rechter. Bovendien zijn de regels vaak contradictoir en is de eenheid van het recht vaak ver zoek. Daarnaast is in onze democratie, door het falen van de wetgevende macht als controle van de uitvoerende macht, de rechter vaak de laatste strohalm voor burgers die nog belang hechten aan burgerparticipatie en de zorg voor het algemeen belang. In de Franse filosofische en politieke wetenschappen is op dit moment een interessante discussie bezig over de stelling dat democratie is steeds meer centreert rond de figuur van de rechter omdat de andere machten falen. Als zoiets een systeemkenmerk wordt, meer dan een tijdelijke overbrugging, zorgt het voor een heel explosieve situatie. Het briefvengeschrijf van magistraten in de Fortiszaak en de manier waarop zij op televisie kwamen in de *Zevende Dag*, vond ik echt gênant. De rechterlijke macht maakt daar eigenlijk een soort van *démasqué* mee, zonder te beseffen waarmee ze mee bezig zijn, terwijl de wereld naar hen kijkt als de laatste strohalm voor democratie, gematigdheid, pluralisme, enz.

Gast: Ik zou graag willen reageren als ervaringsdeskundige vanuit de wetgevende hoek. Ik heb indertijd meegewerkt aan het wetsvoorstel inzake euthanasie. Samen met ander politici stelde ik toen vast dat er geen juridische dienst is waarop politici beroep kunnen doen bij het opstellen van teksten. Binnen de eigen partij bestaat die mogelijkheid wel, maar politici kunnen geen een onafhankelijke instantie raadplegen in naam van de wetgevende instantie.

René Foqué: In de zeventien jaar waarin ik in Nederland woonde en werkte, zag ik dat daar elk departement (bestaande uit ambtenaren, dus niet zoals kabinet) een dienst met wetgevingsjuristen heeft. Deze juristen komen regelmatig bij elkaar op de Academie Wetgeving voor een trainingsprogramma, met als doel een kwalitatieve en zo eenduidig mogelijke wetgeving. Wij hebben iets dergelijks inderdaad niet.

Bart Pattyn: Dank voor dit debat, voor de sterke inleidingen en interventies.